

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO I

ANA LUISA CELINO COUTINHO

MARCIA CRISTINA DE SOUZA ALVIM

LEONEL SEVERO ROCHA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

F488

Filosofia do direito I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Ana Luisa Celino Coutinho, Leonel Severo Rocha, Marcia Cristina de Souza Alvim – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-189-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Filosofia do Direito. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

FILOSOFIA DO DIREITO I

Apresentação

De acordo com a exposição dos artigos no Grupo de Trabalho Filosofia do Direito I trazemos as seguintes considerações:

No trabalho intitulado “A Influência da Ética Tomista na Construção da Justiça Social” as autoras abordam o realismo no pensamento do Ser. O Homem limitado e finito. Lei e Direito não se confundem. A Lei antecede ao Direito. Tratam da virtude e da Prudência. O Homem bom é o homem Justo. Tratam da questão da Fé e Razão.

No texto “A Jurisprudência Analítica Desconstruída: Uma Análise da Obra do Conceito de Direito de Herbert Hart” os autores apresentam o conceito de Justiça para aprimorar a solução de conflitos. Os Soberanos criam as leis, mas para os súditos e não para os Soberanos. Lei e Moral são diferentes, mas há influência da Moral nas Leis. A Lei é seguida pelos súditos, mas tem o direito natural preservado. Diferencia os costumes da moralidade e da justiça. Para Hart a Justiça deve tratar todos da mesma maneira.

No trabalho “A Problemática Conceitual do Direito, da Ética e da Questão da Justiça e sua Relação com a Busca pela Felicidade” as autoras tratam da Justiça como a busca pela Felicidade, relacionadas à Ética e à Justiça. Felicidade é um estado de consciência plena. Para Aristóteles, Felicidade é o bem supremo; para Epicuro é um estado de impertubabilidade; para Sêneca é um caminho diferenciado. Há a análise do conceito de Felicidade em diferentes autores/filósofos. Em relação ao conceito de Direito há análise de acordo com o momento histórico e a inserção social. Há análise da Ética condizente com a moral de determinado período histórico.

No texto intitulado “A Relação entre Direito e Moral em Robert Alexy”, o autor discorre sobre as relações entre Direito e Moral e traz a Teoria dos Princípios. Analisa o pensamento de Robert Alexy na relação do Direito e da Moral, que pode ser entendido como uma tentativa de superação da antiga querela entre juspositivismo e jusnaturalismo. O autor desenvolve, então, um sistema que permite apreciar as normas jurídicas de acordo com sua qualidade moral, privando de juridicidade aquelas consideradas demasiadamente injustas e corrigindo aquelas consideradas sanáveis.

No trabalho “A Teoria do Direito em Max Weber : Um olhar para Além da Sociologia” o autor insere o pensamento de Max Weber e sua contribuição para o Direito. Divide o trabalho em três partes. Analisa o Direito como Teoria. Traz o pensamento de Max Weber nas obras Teoria Pura do Direito e Teoria do Estado , de Kelsen. Traz o papel da neutralidade axiológica do Impossível. Coloca o Direito como instrumento da Racionalidade.

No texto “ A Teoria do Reconhecimento Enquanto Luta Social de Axel Honneth: Identidade Pessoal e Desrespeito Social” as autoras tratam dos conflitos em relação à identidade pessoal e o desrespeito social. Há um relação intersubjetiva. Tratam do afeto, sentimento do amor nas relações amorosas e em todas as relações primárias. Há análise do reconhecimento no amor, na esfera jurídica (minorias), na esfera social e na auto estima.

No trabalho “Ação Comunicativa e Integração Social Através do Direito”, a autora busca a racionalidade e a verdade. Analisa o fracasso da autonomia humana. Analisa a polarização entre o real e o ideal o ser o dever ser. Há momentos de conciliação, que é a razão compreensiva como ação comunicativa. O artigo faz um giro linguístico. Todo processo de conhecimento é um fato social/racional. O Objetivo é a reconstrução filosófica do agir comunicativo para dizer o Direito.

No texto “De Platão a Nietzsche: Um Panorama dos Princípios Filosóficos Epocais ao Longo da História”, os autores buscam analisar os mais importantes princípios epocais da filosofia, conforme definição de Heidegger, desde Platão e seu eidos até Nietzsche e a vontade de poder. Estes serão analisados cronológica e criticamente, tendo em vista a rejeição de Heidegger a todos eles, uma vez que os forjadores destes princípios desejam reter para si a pretensão de verdade única, de modo absoluto e como último fundamento.

No trabalho intitulado “Democracia, Direitos Humanos, Justiça e Imperativos Globais no Pensamento de Habermas, os autores buscam a explicitação racional de seus nexos internos. Expõe como Habermas, a partir da reconstrução da esfera pública e agir comunicativo aborda a justiça e o direito. A dialética entre facticidade e validade, entrelaça filosofia e sociologia para desenvolver sua abordagem normativa do direito e do Estado, conectando direito e democracia através do paradigma discursivo do direito.

O texto “Dignidade Humana: Uma Perspectiva Histórico-Filosófica de Reconhecimento e Igualdade” aborda o termo dignidade é articulado em relação ao tema da igualdade. O artigo traz noção histórico-filosófica sobre a origem do termo. Em seguida, aborda a reflexão

hegeliana da dignidade enquanto reconhecimento do outro como pessoa dotada de valor. Por fim, enfatiza a relação dignidade e igualdade, considerando o homem como ser dotado de igual dignidade.

O artigo “Direito e Linguagem na Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen: Condições de Conhecimento e o Papel da Linguagem na Teoria Pura do Direito” trata de uma investigação sobre o entendimento pressuposto de linguagem apresentado por Hans Kelsen, em sua obra Teoria Pura do Direito. A perspectiva de análise do trabalho é filosófica e sua metodologia se divide em dois momentos de atuação: o primeiro em torno do aprofundamento histórico das bases teóricas do autor, com especial destaque para o movimento neokantista; o segundo na leitura analítica do capítulo sobre interpretação da obra em destaque, nas duas edições principais da mesma, em formato comparativo, para observar na prática a forma como o autor lida com a linguagem na aplicação de sua teoria.

O texto “Direito, Desconstrução e Utopia: Um diálogo entre Derrida e Bloch” aborda as ideias filosóficas de Jacques Derrida e Ernst Bloch a respeito da relação entre o Direito e a justiça. Enquanto o primeiro é conhecido como o pensador da desconstrução, o segundo é tido como filósofo da esperança. O texto analisa as divergências entre os dois autores, sem perder de vista um horizonte de diálogo a partir de pontos em comum entre Derrida e Bloch.

O artigo “Direito, Desigualdade, Epistemologia e Gênero: Uma análise do Feminismo Jurídico de Catharine A. Mackinnon” analisa o Estado democrático de direito contemporâneo e por um lado, ele herda a inviolabilidade da propriedade privada e a garantia da liberdade individual, que impedem a injustiça do abuso de poder de governos despóticos e absolutistas sobre os indivíduos. Por outro, herda direitos econômicos e sociais que serviriam para remediar a injustiça da concentração de riquezas gerada pela acumulação de bens privados. Nenhuma delas, no entanto, foi capaz de abolir a injustiça praticada contra as mulheres.

O texto “Direitos e Conceitos Políticos, a partir de Ronald Dworkin” tem como objeto de estudo direitos e conceitos políticos, à luz do filósofo Ronald Dworkin, principalmente, por meio de sua obra Justiça para Ouriços. Analisou os direitos políticos e num segundo momento, estudou os conceitos políticos, com base no princípio da dignidade da pessoa humana. Trata-se de análise propedêutica do tema, à luz do filósofo Ronald Dworkin.

O artigo “Ética e Uso Ilegítimo da Violência Física: O Caso da Instituição Prisional” reflete sobre a questão do “uso ilegítimo” da violência física entre presos. Essa prática faz parte da “ética” dos prisioneiros e constitui uma forma de privatização do monopólio do uso legítimo da violência física, própria do Estado. Reflete-se sobre dois conceitos de legitimidade: como

legalidade e como aceitação e aprovação de uma prática legal ou ilegal por determinada comunidade. O “uso ilegítimo” da violência física, pretensamente “legítima” e monopolizada pelo PCC, possui paradoxos, contradições e aporias.

O texto “H.L.A Hart e o Conceito de Direito” tem como objetivo destacar os pontos centrais da obra “O Conceito de Direito” de H.L.A.Hart, constantes nos capítulos V, VI e VII. Por fim, serão expostas críticas ao positivismo inclusivo de Hart.

No trabalho “Kant entre Jusnaturalismo e Juspositivismo: A Fundamentação e a Estrutura do Direito” trata da filosofia do direito de Kant, discutindo seu enquadramento no jusnaturalismo ou no juspositivismo. Analisa o contraste entre a fundamentação do direito em Kant, fortemente marcada pela ideia de liberdade como legitimadora do Estado e da ordem jurídica, e sua estrutura, caracterizada pelo formalismo, pelo rigor lógico, pela importância exagerada da coação e pela manutenção da validade da ordenamento mesmo diante de um rompimento com a ideia de justiça que o sustenta.

O artigo “O Cenário Laboral Brasileiro na Contemporaneidade: Uma Análise à Luz da Teoria Social Crítica Marxista” analisa o âmbito laboral brasileiro. Analisa a contradição valorativa entre a organização social capitalista, pautada na priorização da obtenção de lucratividade, e a efetiva proteção da dignidade da pessoa humana, tendo como base a Teoria Social Crítica Marxista.

No trabalho intitulado “ O esclarecimento e a desconstrução da pessoa humana: desafios do direito atual” o autor aborda a alienação tecnológica como meio de violação da dignidade da pessoa humana e propõe o retorno à metafísica clássica como alternativa à consolidação da dignidade da pessoa humana.

O texto “O ódio aos direitos humanos” denuncia a natureza polivalente do discurso dos direitos humanos que serve tanto à direita, quanto à esquerda. Nas mãos da direita é discurso amplo e vazio; nas da esquerda é estridente e repetitivo. A autora consegue atingir o objetivo do texto ao explicar a razão do ódio aos direitos humanos, que baseia-se no fato de tal discurso estar vinculado a lutas e resistências, à ações políticas dos excluídos e, por isso, capaz de produzir dissenso e ameaça àqueles que ocupam as estruturas de poder.

No texto “ O passo curto do ornitorrinco: uma análise do sistema jurídico brasileiro em face dos legados do(s) kantismo(s)” os autores usam a metáfora do ornitorrinco para fazer alusão ao ordenamento jurídico brasileiro que tem tradição romana e controle difuso de constitucionalidade e caminha para absorver a tradição anglo-saxônica. Os autores tratam

ainda das diferentes recepções da filosofia kantiana e associam essas características às concepções epistemológicas de cada sistema jurídico.

O trabalho intitulado “O pensamento de Gustav Radbruch: pressupostos jusfilosóficos e as repercussões da Alemanha do Pós-guerra”, aborda o culturalismo neokantiano de Gustav Radbruch sem negligenciar as suas premissas na filosofia, como também no contexto histórico que influenciou a sua formação jurídica e política. O trabalho ainda aborda o conceito de direito de Radbruch que ressalta dois traços fundamentais: o dualismo metodológico e o relativismo.

O texto “O projeto filosófico da modernidade e a crise dos atores estatais na era globalizada” aborda o fenômeno da globalização, conceitua os atores estatais enquanto protagonistas do cenário internacional e por fim estuda a crise dos atores estatais na globalização.

O texto “O resgate da validade como elemento estruturante das ações estatais: o pós-positivismo e o direito discursivo em Habermas” baseia-se em um contexto bastante atual: a contestação de ações políticas, administrativas e jurídicas através de manifestações populares em todo o país. A pesquisa parte das seguintes hipóteses: a lei isoladamente não é suficiente para estruturar o ordenamento jurídico; o pós-positivismo precisa da legitimidade democrática para validar as ações estatais. Ao final do trabalho os autores conseguem corroborar as suas hipóteses.

“Prolegômenos para um conceito de jurisdição comunista” é um texto que investiga a possibilidade de se pensar, científica e filosoficamente, as bases teóricas para um conceito de jurisdição a partir da hipótese comunista. O autor parte das contribuições do método materialista histórico dialético.

No trabalho “Ronald Dworkin e seu conceito de dignidade em “Justiça para ouriços” o autor faz uma análise da referida obra, especialmente da parte em que Dworkin trata do diálogo entre direito e indivíduo e do capítulo da dignidade, objetivando guiar a interpretação das pessoas acerca dos conceitos morais.

Coordenadores

Prof^a Dr^a Ana Luisa Celino Coutinho, Doutora em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco; Professora da Universidade Federal da Paraíba.

Profª Drª Marcia Cristina de Souza Alvim, Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP; Professora do Programa de Pós Graduação em Direito do Centro Universitário FIEO - UNIFIEO.

Profº Dr. Leonel Severo Rocha, Doutor em Direito pela Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales, França; Coordenador Executivo do PPG-D da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS.

A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E MORAL EM ROBERT ALEXY

THE RELATION BETWEEN LAW AND MORALITY IN ROBERT ALEXY

Henrique Lima de Almeida ¹

Resumo

O presente trabalho realiza uma exposição do pensamento de Robert Alexy no que concerne às relações entre direito e moral, que pode ser entendido como uma tentativa de superação da antiga querela entre juspositivismo e jusnaturalismo. O autor desenvolve, então, um sistema que permite apreciar as normas jurídicas de acordo com sua qualidade moral, privando de juridicidade aquelas consideradas demasiadamente injustas e corrigindo aquelas consideradas sanáveis.

Palavras-chave: Direito, Moral, Moralismo jurídico, Robert alexy

Abstract/Resumen/Résumé

This work held an exhibition of the thinking of Robert Alexy concerning the relations between law and morality, which can be understood as an attempt to overcome the old quarrel between legal positivism and natural law. The author develops then a system that allows to appreciate the legal rulings according to their moral quality, depriving the legality those considered too unfair and correcting those considered reparable.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Law, Moral, Legal moralism, Robert alexy

¹ Graduado em Direito pela UNESP (2015); Mestrando em Direito pela UNESP.

Introdução

O presente trabalho busca empreender uma reflexão acerca do pensamento de Robert Alexy no que tange às relações entre o direito e a moral. Temática essa já clássica que, porém, contemporaneamente vem recebendo importantes influxos e expressiva renovação através das contribuições de importantes teóricos e filósofos do direito que procuram rever a posição, de cunho positivista, até então dominante, da separação absoluta entre direito e moral. Em linhas gerais, tais autores, denominados jusmoralistas, defendem que o direito deve permanecer aberto frente à moral, cujos valores o influenciam. Quando pertinente, o direito pode sofrer um processo de correção, através de valores e princípios que possibilite o conteúdo normativo se adaptar aos ditames do caso concreto, ou evitar que uma lei anacrônica seja injustamente aplicada, ou mesmo afastar a incidência de leis moralmente precárias (DIMOULIS, 2006, p. 90-94).

Assim, para Alexy, existem dois tipos diversos de conexão do direito com a moral. A de primeiro tipo, chamada de classificadora, ocorre “quando se afirma que normas ou sistemas normativos que não satisfazem determinado critério moral, por razões conceituais ou normativas, não são normas jurídicas nem sistemas jurídicos” (ALEXY, 2009, p. 31). A conexão de segundo tipo, denominada qualificadora, se dá no momento quando se postula que normas de direito ou sistemas jurídicos que não obedecem “determinado critério moral, embora possam ser normas jurídicas ou sistemas jurídicos, são, por razões conceituais ou normativas, normas jurídicas ou sistemas jurídicos juridicamente defeituosos” (ALEXY, 2009, p. 31).

O remédio para sanar normas ou sistemas problemáticos se dá por um mecanismo de correção. Assim, “a pretensão à correção implica uma pretensão à fundamentabilidade” (ALEXY, 2009, p. 94), ou seja, tal pretensão não se limita ao fato de uma decisão judicial ser fundamentada e, conseqüentemente, adequada sob o ponto de vista de um sistema moral qualquer, mas refere-se ao fato da decisão ser apropriada na acepção de uma moral fundamentável e, assim, correta. A necessária conexão entre o direito e a moral correta é assentada pelo fundamento de que a pretensão de correção abarca uma pretensão ao aperfeiçoamento moral que se amplia aos princípios que são assumidos como base (ALEXY, 2009, p. 94-95).

1 Objetivos

No tocante aos objetivos do trabalho, entendeu-se pela premente necessidade da sua elaboração, na medida em que há uma disseminação muito grande, na doutrina e na prática

dos tribunais, das teses de Robert Alexy, sem que, porém, haja uma investigação centrada na relação entre direito e moral na obra desse teórico. É muito difundida, por exemplo, a sua teoria dos princípios jurídicos, bem como a sua teoria da argumentação jurídica, porém uma falta de compreensão das reflexões do autor acerca da moral e do direito, pode ensejar que reste prejudicado o entendimento daquelas contribuições à teoria e à filosofia jurídica. Desse modo, os objetivos da pesquisa são, fundamentalmente, o delineamento das principais teses e contribuições da teoria moral de Robert Alexy à teoria e à filosofia do direito contemporânea, bem como a realização de uma investigação acerca das suas principais motivações e justificativas.

2 Metodologias

O escopo da investigação se encontra, sem dúvidas, no âmbito da historiografia das ideias jurídicas. O trabalho fez uso, portanto, da literatura especializada no trato com a matéria, seja na forma de livros, artigos científicos (publicados em periódicos) ou monografias. Além dos meios citados, contou-se com o auxílio de portais digitais, de universidades e institutos de pesquisa, que disponibilizam parte do seu conteúdo digitalmente.

Para tanto, os métodos de pesquisa utilizados foram, nomeadamente, o dedutivo, o sistemático e, como método de pesquisa auxiliar, o histórico. Com o método dedutivo pretendeu-se demonstrar a caracterização do pensamento de Robert Alexy no que diz respeito às relações entre direito e moral, uma vez que, embora já estudado e qualificado em importantes trabalhos acadêmicos, necessário se faz que o seu alcance e implicações sejam profundamente pesquisados para que se exponha, como maior proveito e com a maior precisão possível, o seu conteúdo e as suas teses.

A utilização do método sistemático, por seu turno, visou expor e catalogar esse substancial corpo de juízos que o autor delineou ao longo de sua obra. Tal edifício teórico forma, de fato, um verdadeiro sistema de ideias, com uma complexidade própria, apresentando fundamentos e características singulares. Por fim, foi utilizado o método histórico, como importante instrumento para se traçar uma perspectiva histórica do objeto investigado, buscando o contexto do seu surgimento e, assim, uma compreensão maior das indagações e problemas que ele busca dar solução.

3 Desenvolvimento da pesquisa

O pensamento de Robert Alexy foi construído, sobretudo, através das obras *Teoria da Argumentação Jurídica*, cuja primeira edição alemã data de 1983, e *Teoria dos Direitos*

Fundamentais, publicada originalmente em 1985. A conexão lógica entre a teoria da argumentação e a teoria dos direitos fundamentais se dá perante um argumento do próprio autor, segundo o qual uma tese pressupõe a outra, complementando-se mutuamente, formando um sistema teórico que tenta propor soluções para os principais problemas jurídicos de nossa época. Embora ambas as teorias possuam objeções implícitas ao positivismo jurídico, tal qual existente na época de sua elaboração, ainda faltava a Alexy realizar um debate mais direto e sistemático com o juspositivismo, de maneira a delimitar as diferenças do seu pensamento em relação ao que foi construído pelos adeptos mais proeminentes do positivismo jurídico (NAVA TOBAR, 2015, p. 221).

A crítica alexyana ao juspositivismo vai, então, ser empreendida com a publicação, em 1992, do livro *Conceito e Validade do Direito*, após, portanto, o surgimento das suas obras maiores. Será através desse escrito, no entanto, que o pensamento do autor vai receber os seus pilares fundamentais, fechando o sistema por ele desenhado, possibilitando a sistematização da sua obra e o delineamento de um sistema jusfilosófico coerente. Pode-se dizer não só que tal obra constitui a elaboração mais madura dos pensamentos do autor acerca do conceito do direito, mas também que ela forma um importante elemento de ligação entre as teses por ele desenvolvidas durante o seu percurso intelectual (NAVA TOBAR, 2015, p. 222).

O ponto central e que guia a obra já é anunciado logo em suas primeiras páginas, quando Alexy expressa que:

O principal problema na polêmica acerca do conceito de direito é a relação entre direito e moral. Apesar de uma discussão de mais de dois mil anos, duas posições fundamentais continuam se contrapondo: a positivista e a não positivista. Todas as teorias positivistas defendem a *tese da separação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. [...] Em contrapartida, todas as teorias não positivistas defendem a *tese da vinculação*. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que contenha elementos morais (ALEXY, 2009, p. 3-4).

Esse excerto, ao mesmo tempo em que apresenta as duas posições centrais acerca da filosofia do direito ao longo dos séculos, delimita o objeto central da obra, que é investigar qual é o conceito de direito. Busca-se, assim, conhecer quais são as características que permitem afirmar o direito como elemento singular, o diferenciando dos demais objetos da natureza e do fazer humano. Para tanto se faz necessário descobrir, além das propriedades formais que identificam o direito, se esse possui determinadas propriedades morais necessárias, impossíveis de se desvincular do conceito de direito (NAVA TOBAR, 2015, p. 223).

Para descobrir qual o conceito de direito é o mais correto ou adequado é preciso considerar três parâmetros: a legalidade perante o sistema positivo, eficácia social e a correção material. De acordo como esses três elementos são considerados, podem ser elaborados conceitos de direito completamente díspares. Aqueles que não consideram ou não atribuem importância à legalidade conforme o ordenamento jurídico e a efetividade social do direito, atribuindo valor somente à correção material, terão uma definição de caráter jusnatural ou jusracional. Já quem desconsidera completamente a correção material e somente leva em consideração a legalidade formal e a eficácia social, terá um conceito de direito de cunho juspositivista. Ocorre que, no espaço entre esses dois extremos, há uma série de posições intermediárias (ALEXY, 2009, p. 15). Nesse sentido,

Essa tripartição mostra que o positivismo dispõe de dois elementos de definição. Um positivista excluirá o elemento da correção quanto ao conteúdo, mas, nesse caso, poderá definir a relação entre os elementos da legalidade conforme o ordenamento e da eficácia social de maneiras muito diferentes (ALEXY, 2009, p. 15).

Tanto a eficácia social e quanto legalidade conforme o ordenamento podem formar diversas combinações entre si, assim como também podem ser interpretados de variadas formas. Por esse motivo é que existe uma enorme quantidade de conceitos e teorias positivistas acerca do direito. Esses podem, no entanto, ser divididos em dois grupos mais significativos: as conceituações de direito fundamentalmente orientadas para a eficácia e as conceituações de direito fundamentalmente orientadas para a normatização. Cabe dizer que, embora tais grupos possuam orientações voltadas predominantemente ora para a eficácia, ora para a normatização, eles possuem também outros elementos, porém esses se destacam (ALEXY, 2009, p. 17-18).

As conceituações do direito voltadas para a eficácia são observadas principalmente na seara das teorias sociológicas e realistas do direito. Elas se diferenciam conforme se debruçam sobre os aspectos internos ou externos de uma norma ou de um ordenamento jurídico. Novamente trata-se de uma diferenciação relativa, além de também existirem combinações dessas duas perspectivas (ALEXY, 2009, p. 17-18).

Quanto ao aspecto externo de uma norma, se expressa na constância da sua observância e na regularidade da aplicação das sanções pela sua violação. O que interessa é o funcionamento empírico do sistema jurídico, tal qual prescreve as doutrinas sociológicas do direito. Max Weber, por exemplo, leva em consideração em sua conceituação de direito o fato de existir não a mera possibilidade, mas a garantia real, de aplicação de uma coação física ou psíquica no caso do seu descumprimento, inclusive com a existência de um grupo de pessoas

especialmente preparadas para tanto. Adota posicionamento semelhante Theodor Geiger, que entende primordial na caracterização do direito a existência de um aparelho punitivo que detém o monopólio institucional para a aplicação das sanções (ALEXY, 2009, p. 18-19). A célebre definição de Oliver Wendell Holmes, segundo a qual se pode considerar direito aquilo que os tribunais dizem que é direito, também se baseia no chamado aspecto externo. Definições como essas estariam ligadas, sobretudo, a perspectiva do advogado.

O aspecto interno, por sua vez, diz respeito a motivação, não importando como ela se constitui, da observância e aplicação do direito. Salienta-se as disposições psicológicas em aderir às normas. Uma definição fundamentada no aspecto interno foi desenvolvida por Ernst Rudolf Bierling, para quem a noção de reconhecimento é primordial ao considerar o direito como tudo aquilo que as pessoas integrantes de uma determinada comunidade reconhecem conjuntamente como regras para essa convivência. Também adota posicionamento semelhante Niklas Luhmann, que defende que o conceito de direito pode ser tomado como uma estrutura baseada em um sistema social que se alicerça na sistematização de expectativas normativas de comportamento (ALEXY, 2009, p. 19-20).

As conceituações de direito orientadas para a normatização são identificadas primordialmente no campo das teorias analíticas do direito, que são aquelas correntes de pensamento que se ocupam da análise da lógica ou conceitual do fazer jurídico. Pode-se dizer que ao passo que a perspectiva do observador é preponderante nas definições voltadas para a eficácia, nos conceitos voltados para a normatização o que predomina é a perspectiva do participante, em especial a do juiz, que se encontra em primeiro plano. Um exemplo clássico desse tipo de abordagem pode ser encontrado no pensamento de John Austin que, resumidamente, define o direito como a universalidade de comandos de uma instância soberana que são afirmados por meio de sanções (ALEXY, 2009, p. 20-21).

Os principais formuladores de conceitos voltados para a normatização são justamente os juspositivistas Hans Kelsen e Herbert Hart. O primeiro conceitua o direito como um sistema normativo coativo, validado através de uma norma fundamental hipotética, que determina o respeito a uma constituição efetivamente positivada e às leis que dela decorrem. A norma fundamental kelseniana possui conteúdo absolutamente neutro, meramente pressuposta, servido como inferência para a interpretação coerente de um dado ordenamento normativo (ALEXY, 2009, p. 22). Já para Hart, o direito é considerado um sistema de regras caracterizado por intermédio de uma regra de reconhecimento ou reconhecimento. Essa regra cumpre a mesma função da norma hipotética fundamental de Kelsen. Diferencia-se dela, todavia, por ser ancorada em fato social, ou seja, sua existência está ligada ao

reconhecimento, por parte da comunidade, do direito como sendo legítimo (ALEXY, 2009, p. 22-23).

Através de um breve panorama sobre os conceitos positivistas de direito, é possível perceber que muitas teses diferentes são sustentadas. Há, no entanto, um ponto em comum em todas elas: a tese da separação entre direito e moral. Todavia, essa tese não pode ser considerada evidente, sendo necessário analisar se ela possui pertinência. A tese da separação expressa de que maneira o conceito de direito deve ser definido. São apresentados como sustentação da mencionada teoria dois tipos de argumentos, os analíticos e os normativos (ALEXY, 2009, p. 25-26).

O argumento analítico fundamental é de que inexiste qualquer conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. A totalidade dos defensores do positivismo jurídico sustentam essa tese, pois, caso aceite que existe uma conexão conceitual obrigatória entre o direito e a moral, não poderá alegar que o direito deve ser conceituado com a exclusão de elementos valorativos. O não positivista, por seu turno, está totalmente livre no que diz respeito aos argumentos analíticos. É possível que ele afirme a existência de tal conexão, bem como se oponha a ela. Isso porque, caso ele não apresente argumentos analíticos decisivos para a ligação entre direito e moral ou renuncie a apresentá-los, não terá ainda perdido a disputa uma vez que será possível ainda se apoiar em um argumento normativo (ALEXY, 2009, p. 26).

O argumento normativo, assim, é utilizado para sustentar a tese da vinculação ou da separação na medida em que

se demonstra que a inclusão ou não de elementos morais no conceito de direito é necessária para que se alcance determinado objetivo ou para que se cumpra determinada norma. Podem-se designar as vinculações ou separações assim fundamentadas como “normativamente necessárias”. São argumentos normativos, por exemplo, a alegação de que somente a tese da separação conduziria a uma clareza linguístico-conceitual ou garantiria segurança jurídica, ou a afirmação, em prol da tese da vinculação, de que ela seria capaz de oferecer a melhor solução para os problemas da injustiça legal (ALEXY, 2009, p. 26).

Nos debates contemporâneos a respeito do conceito de direito há tamanha indefinição acerca do referido termo, que se diz que não é possível chegar a uma resolução mediante a uma análise conceitual. Para dirimir a polêmica seria necessário recorrer apenas a argumentos de cunho normativo ou por investigações acerca da adequação. Tal tese adota outra como suporte, segundo a qual uma conexão entre direito e moral não pode ser considerada inviável, mas também não pode ser tomada como necessária. Alexy entende que a primeira colocação, de que não é impossível que haja uma conexão entre direito e moral, está correta, porém a

segunda disposição, segundo a qual não há conexão conceitualmente necessária entre direito e moral, deve ser colocada em questão.

Caso se prove que essa conexão de fato existe, restará refutado o argumento segundo o qual o direito só pode ser conceituado a partir de categorias meramente normativas, para quem as decisões devem ser vistas de acordo com a sua adequação. Essa colocação não significaria que as disposições normativas não exercem influência no conceito de direito. Além do argumento conceitual, que é intrinsecamente limitado, se faz necessário empregar argumentos normativos. Defende-se que existe uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral e que existem motivações de caráter normativo para incutir elementos morais na conceituação de direito. Assim, existem tanto argumentos conceituais quanto normativos para admitir a existência de um elo inexpugnável entre direito e moral (ALEXY, 2009, p. 27).

No que se refere à tese de que existem tanto conexões conceitualmente necessárias quanto conexões normativas entre direito e moral, a sua comprovação deve se realizar dentro de um quadro conceitual formado por cinco distinções. O primeiro ponto diz respeito à diferença entre conceitos de direito isentos de validade e não isentos de validade:

Não isento de validade é um conceito de direito que inclui o conceito de validade. Isento de validade é um conceito de direito que não inclui o conceito de validade. É fácil perceber que existe um motivo para essa distinção. Assim, pode-se afirmar, sem incorrer em contradição: “N é uma norma jurídica, mas N não é válida/já não é válida/ainda não é válida.” Além disso, é possível conceber um sistema jurídico ideal e, desse modo, sem incorrer em contradição, afirmar: “Esse sistema jurídico nunca será válido”. Contrariamente, aquele que se refere ao direito vigente não precisa falar de validade. Pode simplesmente afirmar: “O direito exige isso”. Desse modo, fica claro que é possível tanto um conceito de direito que inclua o conceito de validade quanto um que não o inclua (ALEXY, 2009, p. 28).

No debate acerca dos conceitos positivistas de direito, a utilização de uma definição de direito que considere a validade é importante para afirmar o vínculo entre direito e moral. Isso porque a inclusão da dimensão da validade possibilita o questionamento a respeito do contexto e dos motivos da elaboração da norma e, portanto, do seu conteúdo, o que é decisivo para discutir a tese da conexão conceitualmente necessária (ALEXY, 2009, p. 29). O segundo elemento a ser levantado é a diferença entre o sistema jurídico como sistema normativo e o sistema jurídico como sistema de procedimentos:

Como sistema de procedimentos, o sistema jurídico é um sistema de ações baseadas em regras e direcionadas por regras, por meio das quais as normas são promulgadas, fundamentadas, interpretadas, aplicadas e impostas. Como sistema normativo, o sistema jurídico é um sistema de resultados ou de produtos de procedimentos que, de alguma maneira, criam normas. Pode-se dizer que aquele que considera o sistema jurídico um sistema normativo refere-se a seu aspecto externo. Em contrapartida, trata-se do aspecto interno quando o sistema jurídico é considerado um sistema de procedimentos (ALEXY, 2009, p. 29-30).

Uma distinção fundamental, já citada, e que deve ser mais bem desenvolvida a seguir, é a de número três, entre a perspectiva do observador e a perspectiva do participante. Apesar de ser uma categoria um tanto quanto ambígua, pode-se dizer que a perspectiva do participante é centrada na figura do juiz que, seja no momento da interpretação ou da aplicação, argumenta de forma apurar o que o ordenamento jurídico permite ou proíbe. Já a perspectiva do observador é a daquele que, como cidadão, jurista, advogado, dentre outros, procura argumentos favoráveis ou contrários aos institutos jurídicos estabelecidos. Essa perspectiva é, em suma, a de como se considera que um magistrado decidiria se pretendesse decidir corretamente. Pode-se dizer, assim, que tal distinção possui analogias com aquilo que Hart chama de ponto de vista interno e ponto de vista externo (ALEXY, 2009, p. 30-31). A quarta diferenciação se dá entre duas espécies distintas de conexão entre o direito e a moral. Refere-se a uma conexão denominada classificadora e a outra chamada de qualificadora:

Trata-se de uma conexão classificadora quando se afirma que normas ou sistemas normativos que não satisfazem determinado critério moral, embora possam ser normas jurídicas ou sistemas jurídicos, são, por razões conceituais ou normativas, normas jurídicas ou sistemas jurídicos juridicamente defeituosos. O que importa é que o defeito afirmado seja um defeito jurídico e não meramente moral. Os argumentos que visam a conexões qualificadoras apoiam-se na suposição de que ideais jurídicos estão necessariamente contidos na realidade de um sistema jurídico. Por isso, também se poderia falar de uma “conexão ideal”, em vez de “qualificadora” ((ALEXY, 2009, p. 31-32).

Deve-se adicionar às quatro distinções mencionadas uma quinta, já trabalhada, que é entre o contexto conceitualmente necessário e o contexto normativamente necessário. Dessa forma o quadro conceitual se fecha. Torna-se claro, assim, que da tese que há uma conexão necessária entre direito e moral, pode-se extrair que existem muitos significados diversos. Chega-se, portanto, a surpreendente conclusão de que

Dentro desse quadro são possíveis 32 combinações das características contidas nas contidas nas cinco distinções. Para cada combinação é possível formular tanto a tese de que existe uma relação necessária quanto a tese de que ela não existe. Sendo assim, há ao todo 64 teses. No entanto, entre essas 64 teorias existem, sem dúvida, algumas relações implicativas, de modo que a verdade ou a falsidade de algumas das teses implica a verdade ou a falsidade de outras. Além disso, é possível que algumas combinações sejam conceitualmente impossíveis (ALEXY, 2009, p. 32).

Entretanto, esse fato não permite que se deixe de perceber que há uma enorme pluralidade de posições distintas quando de fala no debate acerca das relações necessárias entre direito e moral. A polêmica não consegue sair do impasse porque, na maioria das vezes, os seus participantes não percebem que estão atacando teses de forma inócua e pouco efetiva, gerando muitas vezes discursos paralelos. Essa conclusão é reforçada caso se considere que

podem ser elencadas outras distinções além das trazidas à baila, aumentando a quantidade de combinações possíveis. Já é possível reduzir as teses a ser consideradas descartando aquelas que não incluem o conceito de validade. Some-se a isso a consideração da perspectiva do participante e do observador e, assim, será possível descobrir qual a tese correta, a da separação ou a da conexão entre direito e moral (ALEXY, 2009, p. 32-33).

No que se refere à perspectiva do observador, a questão do positivismo jurídico é tomada, na grande maioria das vezes, como uma discussão acerca de uma vinculação classificadora entre direito e moral. É imperioso saber se o descumprimento de preceitos morais por parte de uma norma jurídica ou por todo o sistema legislativo tem o condão de retirar dessa norma ou sistema jurídico a sua natureza jurídica. Aquele que pretende responder positivamente a esse questionamento deve demonstrar que se deixa de ser considerada direito toda norma ou sistema que romper determinado limiar de injustiça ou iniquidade. Essa tese da perda da qualidade legal, quando se comete certo nível não aceitável de injustiça, é chamada de argumento da injustiça. Pode-se dizer que essa

não é outra coisa senão a tese da vinculação relacionada a uma conexão classificadora. Aqui, deve-se perguntar, primeiramente, se a tese da vinculação, na forma do argumento da injustiça, é correta partindo-se da perspectiva do observador. Ao fazê-lo, há que se distinguir entre normas individuais de um sistema jurídico e sistemas jurídicos como um todo (ALEXY, 2009, p. 34).

No que tange às normas individuais de um sistema jurídico é necessário constatar que, tomando como ponto de referência a perspectiva de um observador, não é admissível corroborar a tese de uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. Isso porque

Para um observador, integra o direito aquilo que os tribunais e as autoridades fazem apoiando-se no enunciado de normas que, de acordo com os critérios de validade do sistema jurídico vigente em questão, são estabelecidas conforme o ordenamento. Desse modo, fica claro que existe um emprego da expressão “direito” na perspectiva do observador, segundo a qual uma inclusão classificadora de elementos morais no conceito de direito que se refira a normas individuais não é apenas conceitualmente desnecessária, como também conceitualmente impossível (ALEXY, 2009, p. 36).

Malgrado esse argumento possa ser válido no que se refere a uma norma individual, não necessariamente ele será procedente quando se estiver falando do sistema jurídico como um todo. Assim sendo, é preciso refletir se, no que diz respeito a um sistema normativo globalmente considerado, é pertinente sustentar a existência de uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. Novamente será considerado o ponto de vista do observador que investiga se a exclusão de elementos morais de um ordenamento o descaracteriza juridicamente (ALEXY, 2009, p. 37-38).

Existem dois tipos de exigências morais que podem se encontrar em vinculação com um sistema jurídico, os imperativos formais e os imperativos materiais. Os princípios de moralidade formal são atrelados, sobretudo, ao procedimento de aprovação e aplicação das leis, ao passo que a moralidade material diz respeito ao conteúdo efetivo das normas. Posto isso, na discussão acerca de tais ligações é necessário recorrer à distinção entre conexões fáticas e conexões conceituais. Um ordenamento jurídico que não aufira qualquer proteção aos seus cidadãos, não tutelando qualquer direito dos seus membros, ou, mais grave ainda, que não possua qualquer norma, ou que elas sejam exclusivamente secretas ou retroativas, por óbvio não permanecerá vigente por muito tempo. Ainda assim, é necessário saber se tal sistema pode ser considerado jurídico. É lícito dizer que

Existem dois tipos de ordenamento social que, independentemente do fato de poderem ou não desenvolver uma vigência permanente, não são sistemas jurídicos já por razões conceituais: os ordenamentos absurdos e os ordenamentos predatórios ou rapaces. Tem-se um ordenamento *absurdo* quando um grupo de indivíduos é dominado de tal modo que é impossível tanto reconhecer finalidades consistentes do(s) dominador(es) quanto perseguir de forma duradoura a finalidade dos dominados. Imagine-se uma grande quantidade de pessoas dominada por um grupo de bandoleiros armados. Os dominados não têm direito algum. Dentro do grupo dos indivíduos armados, toda forma de exercício de violência é permitida. Afora essa norma permissiva, não vigora outra norma geral. Os indivíduos armados dão aos dominados ordens individuais por vezes contraditórias e sempre cambiantes, por vezes inexecutáveis. Se os dominados obedecem a uma ordem, é exclusivamente por medo da violência. Um ordenamento assim, já por razões conceituais, não é um sistema jurídico (ALEXY, 2009, p. 39).

Assim, resta demonstrado que, considerando a perspectiva do observador, a tese juspositivista da separação entre direito e moral é, em seu âmago, basicamente correta. Somente nos dois casos improváveis acima mencionados, o de ordenamentos absurdos e o de ordenamentos predatórios ou rapaces, é que ela conhecerá determinação limitadora. Uma situação totalmente diferente poderá ser vislumbrada, no entanto, se for realizada uma análise a partir da perspectiva do participante, notadamente a de um juiz. Tomando esse pressuposto, pretende-se provar que a tese da conexão é, ao final, correta. Para tanto serão utilizados três importantes argumentos: o da correção, o da injustiça e o dos princípios (ALEXY, 2009, p. 42-43).

O argumento da correção constitui também o supedâneo dos outros dois argumentos, o da injustiça e o dos princípios. Esse argumento sustenta que tanto normas individualmente consideradas, quanto sistemas jurídicos encarados em sua totalidade emitem necessariamente uma pretensão à correção. Assim,

Sistemas normativos que não formulam explícita ou implicitamente essa pretensão não são sistemas jurídicos. Nesse sentido, a pretensão à correção tem uma relevância classificadora. Do ponto de vista jurídico, sistemas que formulam essa pretensão mas não a satisfazem são defeituosos. Nesse aspecto, a pretensão à correção tem

uma relevância qualificadora. Cabe a ela uma relevância exclusivamente qualificadora quando se trata de normas jurídicas e de decisões jurídicas individuais. São juridicamente defeituosas quando não formulam ou não satisfazem a pretensão à correção (ALEXY, 2009, p. 43).

Em oposição ao argumento da correção poder-se-ia alegar que a pretensão à correção não está necessariamente atrelada ao conceito de direito. Ocorre que os membros de qualquer sistema jurídico sempre formulam, em diferentes níveis, uma pretensão à correção. Como essa pretensão possui, em todos os casos, um fulcro moral, fica demonstrado que existe uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. No entanto, somente isso não confirma a tese da vinculação, uma vez que um adepto do positivismo pode ceder ao argumento da correção e, mesmo assim, ainda sustentar a tese da separação. Para isso, ele pode recorrer a dois expedientes:

Primeiramente, pode sustentar que o não cumprimento da pretensão à correção ainda não acarreta a perda da qualidade jurídica. A pretensão à correção – abstraindo-se o caso-limite do sistema normativo que não a formula em nenhum aspecto – fundamentaria, na melhor das hipóteses, uma conexão qualificadora, mas não classificadora. Por essa razão, a tese da separação – abstraindo-se o caso-limite mencionado – não seria afetada pelo argumento da correção, ao menos não ao se basear numa conexão classificadora. A segunda estratégia é escolhida quando se afirma que a pretensão à correção tem um conteúdo trivial que não inclui implicações morais, razão pela qual ela não poderia levar a uma conexão conceitualmente necessária entre direito e moral. A primeira objeção conduz ao argumento da injustiça, enquanto a segunda, àquele dos princípios (ALEXY, 2009, p. 47-48).

No que tange ao argumento da injustiça, deve-se dizer que ele pode ser analisado de acordo com a associação com normas individuais ou a sistemas jurídicos integralmente considerados. As normas individuais de um sistema legislativo perdem sua qualificação jurídica quando ultrapassam determinado limiar de injustiça ou iniquidade. Embora o argumento da injustiça já tenha sido refutado quando se considerou o ponto de vista do observador, agora cabe averiguá-lo tendo como pressuposto a perspectiva do participante. Conforme propôs Radbruch, o caráter jurídico só será dissipado quando se atingir um grau insustentável de injustiça, ou seja, não é qualquer tipo de injustiça que descaracteriza um sistema normativo. As diversas contendas em torno da fórmula de Radbruch, no que tange às normas individuais, podem ser condensadas em oito argumentos: o linguístico, o da clareza, o da efetividade, o da segurança jurídica, o do relativismo, o da democracia, o da inutilidade e o da honestidade (ALEXY, 2009, p. 49).

Não é cabível falar em um argumento linguístico-conceitual categórico defendendo ou impugnando o argumento da injustiça, dada à vagueza e a ambiguidade do vocábulo “direito”. O argumento segundo o qual a inclusão de preceitos morais na conceituação de direito levaria a uma determinação linguística errônea, no entanto, pode ser refutado (ALEXY, 2009, p. 49).

O argumento linguístico que nega a conexão entre direito e moral só poderia ser considerado caso nunca houvesse razões jurídicas suficientemente fortes para decidir de forma contrária ao dispositivo de uma lei extremamente injusta. Considerando que essas razões poderiam existir em um caso qualquer, o argumento linguístico também poderia ser desconsiderado a partir do ponto de vista do participante. No entanto, a existência ou não de um caso em que existam boas razões jurídicas para confrontar o enunciado de uma norma é uma questão de ordem material, que não pode ser resolvida através da mera discussão a respeito do uso linguístico adequado. Assim, o argumento linguístico não pode se opor a inclusão de elementos morais no direito e, caso existam bons motivos para isso, a tese da conexão deve ser considerada verdadeira (ALEXY, 2009, p. 51).

O argumento da clareza, por seu turno, em uma primeira vista parece ser correto, pois uma conceituação do direito de cunho positivista, que não considera qualquer influência da moral, é realmente mais simples e, nessa medida, mais claro do que um conceito moralista de direito. Deve-se, porém, levar em conta que

clareza, no sentido de simplicidade, não é o único objetivo de uma conceituação. A simplicidade não deve existir à custa da adequação. Além disso, um conceito complexo também pode ser claro. Há poucos motivos para temer que os juristas se confundam com a inclusão de elementos morais no conceito de direito. Eles estão acostumados a lidar com conceitos complicados. No que diz respeito ao cidadão, a falta de clareza não surge, em primeiro lugar, com a inclusão de elementos morais no conceito de direito. O cidadão também pode se confundir com a informação de que até mesmo a injustiça extrema é direito. A falta de clareza é criada muito mais pela dificuldade de traçar, em muitos casos, uma linha divisória entre normas que são extremamente injustas e normas que não o são. Mas isso não é um problema do argumento da clareza, e sim daquele da segurança jurídica. No caso do argumento da clareza, trata-se apenas de saber se elementos morais devem realmente ser incluídos no conceito de direito (ALEXY, 2009, p. 53).

Contrapõe-se ao argumento moralista do direito, segundo o qual a inclusão de elementos morais protegeria o jurista e o cidadão dos desmandos de um Estado autoritário, o argumento da efetividade. Para tal argumento, seria ingênuo pensar que um conceito de direito que se revestisse de elementos morais poderia ser efetivo contra os casos de injustiça legal, produzindo algum efeito sobre a realidade. Esse argumento também defende que um conceito não positivista do direito até dificultaria uma postura crítica diante da injustiça de certas normas, uma vez que se confundiriam facilmente exigências jurídicas com exigências morais. Há, portanto, duas teses derivadas do argumento da efetividade: a primeira diz que um conceito moralista de direito não tem o condão de produzir qualquer efeito contra injustiças perpetradas pelo aparato estatal, e a segunda defende que um conceito não positivista do direito geraria uma recepção acrítica das regras jurídicas (ALEXY, 2009, p. 56-57).

Embora o conceito de direito realmente pouco influa na realidade, quando da vigência de um Estado injusto, a primeira tese pode ser considerada inválida, pois existem diferenças entre um conceito de direito positivista e outro de caráter moralista quando considerada a efetividade:

Uma primeira evidencia-se quando se toma por base não o juiz individualmente considerado, que a avalia a injustiça legal em sua consciência, e sim a prática jurídica. Existindo na prática jurídica um consenso de que o cumprimento de determinadas exigências mínimas da justiça é um pressuposto necessário para o caráter jurídico de disposições estatais, tem-se de uma argumentação jurídica ancorada na prática do direito, e não apenas de uma argumentação moral, para fazer oposição aos atos de um regime injusto. Contudo, não se deve criar ilusões quanto às perspectivas de êxito de tal oposição. Um regime injusto relativamente bem-sucedido tem condições de destruir rapidamente o consenso da prática jurídica, intimidando os indivíduos, mudando as pessoas e recompensando a disposição à adaptação. Mesmo assim, é concebível que um regime injusto fraco, especialmente em sua fase inicial, não tenha êxito nesse empreendimento. Esse é um efeito relativamente limitado, mas é um efeito (ALEXY, 2009, p. 60).

Nada faz supor que um conceito moralista de direito seja menos efetivo no combate à injustiças legais do que um conceito positivista. Existe, além disso, mais efeito que uma vinculação entre direito e moral pode gerar, mesmo quando um Estado injusto já se encontrar firmemente estabelecido:

Esse efeito pode ser qualificado de “efeito de risco”. Para um juiz ou uma autoridade qualquer, no Estado injusto, sua própria situação apresenta-se de formas distintas, conforme ele tenha ou não ocasião para interpretá-la à luz de um conceito positivista ou não de direito. Suponhamos que um juiz se encontre diante da questão de dever ou não pronunciar uma condenação penal por crime de terrorismo, condenação essa que seja respaldada pela injustiça legal. Ele não é um santo nem herói. O destino do réu pouco interessa; importa-lhe o seu próprio. De acordo com todas as experiências históricas, ele não pode excluir o colapso do Estado injusto e preocupa-se com o que lhe poderia acontecer. Se tiver de supor que um conceito não positivista de direito é majoritário ou geralmente aceito e que, segundo esse conceito, a norma na qual ele pode basear a condenação por terrorismo não é direito, ele correrá o risco relativamente grande de, mais tarde não conseguir justificar-se e ser processado. O risco diminuirá se ele puder ter certeza de que mais tarde seu comportamento será julgado com base em um conceito positivista de direito (ALEXY, 2009, p. 61-62).

Quanto à tese segundo a qual a adoção de um conceito não positivista do direito possibilitaria uma visão do direito desprovida de senso crítico, desconsidera-se que não necessariamente os adeptos do moralismo jurídico aderiram ao modelo forte, ou radical, do sistema. Isso é, admite que nem sempre há uma coincidência absoluta entre o conteúdo do direito e os valores morais. Assim, dado sistema normativo somente perderá o atributo de direito a partir do momento que acolher uma injustiça extrema, de grau insustentável. Esse argumento é denominado “tese franca da vinculação”. Ele diz que as normas jurídicas somente perderiam validade quando ultrapasse um limiar mínimo de justiça, o que não geraria

uma percepção acrítica do direito, uma vez que caberia ao jurista analisar quando essa fronteira seja realmente rompida (ALEXY, 2009, p. 57-58).

O quarto argumento que se apresenta contra um conceito moralista de direito é o argumento da segurança jurídica, para quem a inclusão de elementos morais na caracterização do direito promoveria a imprevisibilidade das decisões judiciais. Esse argumento novamente considera apenas a variante extremada do moralismo jurídico, aquela que defende a tese forte da vinculação. Um conceito de direito que priva de juridicidade apenas aquelas normas que perpetraram graves injustiças não gera insegurança jurídica, pois

Se existem julgamentos de justiça racionalmente fundamentáveis, estes são reconhecidos por quem compreende uma conduta é injusta com base numa fundamentação racional. Assim, vigora a seguinte proposição: quanto mais extrema a injustiça, mais segura é a sua reconhecimento. Essa proposição conecta o aspecto material ao aspecto epistemológico. [...] É possível até mesmo sustentar que são concebíveis casos nos quais não se pode dizer com total certeza se existe uma injustiça extrema. Contudo, em comparação com as inseguranças às quais a reconhecimento do direito está associada de forma bastante genérica, isso quase não tem importância. Por isso, a tese não positivista da vinculação leva, quando muito, a uma perda mínima da segurança jurídica (ALEXY, 2009, p. 63).

Ao argumento da insegurança jurídica soma-se o argumento do relativismo, que o reforça ao afirmar que não somente é difícil de identificar o limite entre a injustiça e a injustiça extrema, mas também que toda a ideia de justiça ou de moral é subjetiva, não podendo ser sustentada racionalmente ou conhecida objetivamente. Esse é o argumento do relativismo radical e, caso ele esteja correto, o apelo do direito à moralidade somente ajudaria os juízes a decidir contra as leis do seu desagrado ou que firam os seus interesses pessoais. Pode ser oposto contra essa tese, em um primeiro plano, o fato de que ao longo dos séculos, as gerações de indivíduos, através de um grande esforço, construíram parâmetros consensuais mínimos de moralidade expressos, notadamente, nas declarações de direitos humanos. Assim, um juiz que vá contra ponderações morais essenciais, enfrentará grande oposição de um consenso longamente construído em torno dos direitos fundamentais (ALEXY, 2009, p. 64-67).

Já o argumento da democracia postula que um conceito não positivista do direito afrontaria a separação dos poderes, uma vez que o judiciário mitigaria leis aprovadas pelo legislativo, solapando o princípio de democrático de tramitação e aprovação de leis ao ir contra a vontade do legislador eleito. Essa alegação pode ser refutada recorrendo-se novamente à tese fraca da vinculação, ou seja, as normas que perderiam legitimidade seriam apenas aquelas extremamente injustas e o legislador, em um âmbito democrático e constitucional como pressupõe o argumento, que aprovasse tais leis estaria confrontando ele

próprio a democracia, ao referendar normas contrárias ao núcleo essencial dos direitos fundamentais (ALEXY, 2009, p. 68).

O argumento da inutilidade, por seu turno, afirma que a correção moral do direito é desprovida de sentido porque, tão logo a justiça fosse percebida, o legislador poderia revogar a lei problemática. Porém,

Aqui existe, em princípio, a possibilidade de solucionar o problema da injustiça legal por meio de leis retroativas. A questão, porém, é saber o que o juiz deve fazer quando o legislador, independentemente das razões, permanece inativo e a injustiça legal não pode ser declarada irrelevante para a decisão a ser pronunciada em virtude do direito constitucional vigente a partir de então. Deve o juiz, nesse caso, pronunciar sentenças que se baseiem numa injustiça extrema e que representem uma injustiça extrema? Poder-se-ia pensar que o juiz deveria fazer isso para levar o legislador a promulgar leis retroativas. Mas, em muitos casos, especialmente naqueles cíveis, isso significaria atribuir ao cidadão atingido uma sentença que lhe seria desfavorável, baseada numa injustiça extrema e, por sua vez, extremamente injusta, para que o legislador reagisse. Nesse sentido, o cidadão se tornaria, permanentemente ou provisoriamente, um meio para suscitar a atividade legislativa. Isso não é combatível com seus direitos fundamentais e já demonstra que não basta a referência à mera possibilidade de uma lei retroativa para demonstrar a inutilidade do emprego de um conceito não positivista de direito. Se o legislador não faz uso dessa possibilidade e se a injustiça legal não pode ser declarada irrelevante para a decisão a ser pronunciada com base no direito constitucional vigente a partir de então, o emprego de um conceito não positivista de direito é necessário para assegurar os direitos fundamentais do cidadão (ALEXY, 2009, p. 70-71).

O argumento da honestidade, finalmente, diz que um conceito de direito não positivista poderia suscitar uma violação do princípio da legalidade em direito penal, permitindo que leis atuais retroajam para atingir atos injustos praticados no passado, comportando uma espécie de retroatividade oculta. No entanto, quando a injustiça de uma norma é muito extremada e, assim, de caráter notadamente injustificável, não há que se falar de retroatividade oculta. Caso o argumento da injustiça se limite à tese fraca, pode-se dizer que no momento da prática do ato a injustiça já era claramente conhecida que ele já não se encontrava sobre a proteção do direito. Assim, não se trata de modificar a situação jurídica retroativamente, mas apenas reconhecer como ela era na época dos fatos (ALEXY, 2009, p. 71-75).

Prosseguindo com a análise do argumento da injustiça, cabe agora investigá-lo quando se considera os sistemas jurídicos como um todo. Já foi dito que, já a partir da perspectiva do observador, um ordenamento legislativo que não possui pretensão à correção não pode ser considerado jurídico, perdendo o seu acolhimento pelo direito. Também se observou que esse dado possui poucas consequências práticas, pois os sistemas normativos existem costumam formular instrumentos de correção, caso contrário logo perderiam sua autoridade. A problemática real aparece somente quando, apesar da existência da pretensão à correção, ela não é cumprida. O argumento da injustiça, assim, é posto em questão quando o limiar da

injustiça extrema é transposto. Deve-se investigar se, no caso ora em tela, o argumento da injustiça somente diz respeito à somatória de várias normas individuais extremamente injustas ou se, de fato, afeta o sistema jurídico integralmente (ALEXY, 2009, p. 76). Assim, a variante desse argumento a ser considerada é aquela que afirma que um dado ordenamento jurídico perde a sua validade completamente quando é demasiadamente injusto, examinando-se duas teses: a da irradiação e a do colapso.

A tese da irradiação postula que quando da invalidade, por extrema injustiça, de uma norma essencial do sistema, há uma irradiação para todo o ordenamento, o descaracterizando juridicamente por completo. Porém, dado que nem sempre uma determinada norma do sistema possa ser considerada injusta, ou então é possível que ela contribua minimamente para a injustiça do sistema, pode-se afirmar que

toda a contestação do caráter jurídico abaixo do limiar da injustiça extrema implica uma perda da segurança jurídica. Em caso de injustiça extrema, o refreamento do princípio da segurança jurídica ainda é aceitável. Qualquer outra restrição já não o é. Isso significa que, quando se trata do caráter jurídico, há que se ater ao critério da injustiça extrema e que esse critério deve basear-se em normas individuais, e somente nelas. A tese da irradiação pode ser plausível em outros contextos; porém, como tese sobre o caráter jurídico, não é convincente. Por isso, não pode fazer com que do caráter injusto de um sistema global resultem consequências que vão além da aplicação do argumento da injustiça a normas individuais (ALEXY, 2009, p. 79-80).

A tese do colapso, ao contrário da tese da irradiação, se baseia no argumento da extrema injustiça de normas individuais. Segundo esse raciocínio, quando muitas normas do sistema perdem sua validade, por ultrapassarem o limiar aceitável de injustiça, o sistema jurídico que elas integram pode entrar em colapso, por não restarem normas suficientes para restar configurado um sistema. Essa tese só pode ser considerada correta se o termo “colapso” for interpretado enquanto perda da identidade de um sistema jurídico, de modo que, apesar de se manter em pé, nota-se uma modificação significativa no perfil desse ordenamento normativo. Assim, mesmo que várias normas sejam contestadas, é possível que o sistema continue existindo como um todo. Dessa forma, é permitido concluir que o emprego do argumento da injustiça a um sistema jurídico considerado globalmente não produz consequências diversas daquelas que seriam observadas caso ele fosse aplicado apenas a normas individualmente consideradas (ALEXY, 2009, p. 80-83).

Por fim, cabe analisar o terceiro e último argumento que sustenta a tese da necessária conexão entre direito e moral sob a perspectiva do participante: o argumento dos princípios. Esse argumento sustenta que, malgrado a abertura e a indeterminação que muitas vezes marca o direito positivo, o juiz ainda se encontra vinculado ao ordenamento jurídico. O pressuposto do argumento dos princípios advém da diferenciação entre regras e princípios:

regras são normas que, em caso de realização do ato, prescrevem uma consequência jurídica definitiva, ou seja, em caso de satisfação de determinados pressupostos, ordenam, proíbem ou permitem algo de forma definitiva, ou ainda autorizam a fazer algo de forma definitiva. Por isso, podem ser designadas de forma simplificada como “*mandamentos definitivos*”. Sua formação característica de aplicação é a subsunção. Por outro lado, os princípios são mandamentos de otimização. Como tais, são normas que ordenam que algo seja realizado em máxima medida relativamente às possibilidades reais e jurídicas. Isso significa que elas podem ser realizadas em diversos graus e que a medida de sua realização depende não somente das possibilidades reais, mas também das possibilidades jurídicas. As possibilidades jurídicas da realização de um princípio são determinadas não só por regras, como também, essencialmente, por princípios opostos. Isso implica que os princípios sejam suscetíveis e carentes de ponderação. A ponderação é a forma característica da aplicação dos princípios (ALEXY, 2009, p. 85).

A ligação da teoria dos princípios com a necessária conexão se dá através de três asserções: a tese da incorporação, a tese da moral e a tese da correção. A vinculação que se pode sustentar recorrendo a essas três teses é, em primeiro lugar, de caráter conceitual, possuindo, em segundo lugar, uma natureza tão somente qualificadora, diferentemente do caso do argumento da injustiça que possui cunho classificador, e existe, em terceiro lugar, apara na perspectiva do participante, nunca para um observador do sistema jurídico (ALEXY, 2009, p. 86).

A tese da incorporação postula que a totalidade os sistemas jurídicos desenvolvidos possuem princípios em sua composição. Os adeptos do positivismo jurídico não podem negar essa realidade, porém procuram refutar qualquer tentativa de atrelar esse fato à conexão entre direito e moral. Para tanto justificam que os princípios são reflexos da própria positividade do direito, podendo um sistema ser desprovido de qualquer referência a eles, caso seja esse o designo do legislador. Ocorre que, como já demonstrando, toda sentença judicial exige uma pretensão à correção, de forma que

em virtude da vinculação necessária com a sentença judicial, essa pretensão é jurídica, e não meramente moral. A pretensão jurídica à correção corresponde o dever jurídico de cumpri-la, não importando em que consistem as consequências jurídicas da infração desse dever. A pretensão à correção exige que, num caso duvidoso, sempre que possível, se proceda a uma ponderação e, por conseguinte, a uma consideração de princípios. [...] Isso significa que, por razões jurídicas, em todos os sistemas jurídicos desse tipo os princípios são elementos necessários do sistema jurídico (ALEXY, 2009, p. 89).

Somente restaria ao adepto do positivismo jurídico, assim, argumentar que existem sistemas jurídicos que não possuem vasão para gerar qualquer caso duvidoso, descartando a ponderação como método de decisão por absoluta falta de necessidade. Empiricamente, no entanto, essa oposição não resta comprovada, sem que se conheça qualquer sistema tão completamente imune a dúvidas. Ademais, o que se tem como certeza é que todos os sistemas

jurídicos, com o mínimo desenvolvimento, possuem princípios, de modo que a fundamentação da tese da incorporação resta demonstrada (ALEXY, 2009, p. 89-90).

A tese da moral consiste na afirmação de que, dentre aqueles princípios utilizados como base para uma ponderação, um preceito moral de fundo sempre está presente, o que permite dizer que todos os princípios adequados para uma solução prática se encontram ancorados em um valor. O positivista poderia contrarrazoar asseverando que, de acordo com o positivismo jurídico, na falta de normas o juiz pode decidir de acordo com critérios extrajurídicos, o que inclui a moral, todavia

com isso, ele não atinge o ponto crucial. Este consiste no fato de os princípios, primeiramente, de acordo com a tese da incorporação, serem componentes necessários do sistema jurídico e, em segundo lugar, de acordo com a tese da moral, de incluírem necessariamente aqueles que integram a moral. Essa dupla propriedade de pertencer ao mesmo tempo à moral e ao direito significa que a decisão do juiz em casos duvidosos deve ser interpretada de forma diferente do que acontece nas teorias positivistas. Como os princípios morais, por seu conteúdo, estão incorporados ao direito, o juiz que neles se apoia decide com base em critérios jurídicos (ALEXY, 2009, p. 92).

Até agora resta demonstrado somente que o argumento dos princípios, fundamentando-se nas teses da incorporação e da moral, apenas estabelece um vínculo entre o direito e uma moral qualquer. Como instrumento de prova da existência de uma conexão do direito com uma moral correta, se lançará mão da última tese, a da correção. Essa tese decorre da aplicação do argumento da correção nos limites do argumento dos princípios. Pode-se dizer que o juiz, ao fundamentar uma determinada ponderação, sempre faz uso de um número substancial de argumentos morais, posto que os princípios sempre possuem uma essência axiológica, resultando que a pretensão à correção jurídica, atrelada a uma decisão, sempre abarca uma pretensão à correção moral. Assim, naqueles sistemas jurídicos em que os princípios contêm um conteúdo moralmente exigível, ou pelo menos admissível, há uma conexão necessária entre o direito e a moral correta (ALEXY, 2009, p. 93-94). Isso porque

a pretensão à correção implica uma *pretensão à fundamentabilidade*. Esta última não se restringe ao fato de a sentença ser fundamentável e, portanto, correta no sentido de uma moral qualquer, mas estende-se ao fato de a sentença ser correta no sentido de uma moral fundamentável e, portanto, correta. A conexão necessária entre o direito e a moral correta é estabelecida pelo fato de a pretensão à correção incluir uma pretensão à correção moral que se estende aos princípios que são tomados como base (ALEXY, 2009, p. 94-95).

É lícito admitir que, no momento que uma norma individualmente considerada ultrapassa o limiar de injustiça tolerável, apenas o argumento da pretensão é o suficiente para afirmar a tese da necessária conexão entre o direito e a moral correta, sem que seja necessário ocorrer uma correção obrigatoriamente. Dessa forma, não é possível dizer que o direito será

sempre moralmente correto, porém se defende uma conexão qualificadora que suprima o caráter jurídico das normas que transponha o limiar supracitado. Antes da injustiça extrema, nesse sentido, uma norma somente estará submetida a uma conexão qualificadora, que deve avaliar quais são aqueles preceitos que, sem perder o seu caráter jurídico, apresentam problemas passíveis de correção moral. É possível, portanto, descrever a conexão classificadora como rígida e a conexão qualificadora como flexível (ALEXY, 2009, p. 95-96).

Conclusões

O pensamento de Robert Alexy encontra-se alinhado a uma corrente do direito que deseja superar os paradigmas do juspositivismo e do jusnaturalismo, denominada moralismo jurídico, porquanto, entendendo que o direito deve se manter aberto frente à moral, uma norma jurídica individualmente considerada sempre poderá ser declarada inválida, perdendo o seu caráter jurídico, quando ultrapassar um limite determinado de injustiça. Desse modo, para que uma norma seja considerada desprovida de valor, é necessário que ela seja extremamente injusta. O autor, ademais, defende que o direito sempre possui um critério de correção, que gera uma tendência do direito se guiar por parâmetros legítimos de moralidade e justiça.

Vale dizer que, para Alexy, existem, portanto, duas espécies diferentes de conexão entre direito e moral, uma primeira de função classificadora, que exerce uma filtragem entre aquelas normas de direito dotadas de validade e aquelas que, por ferirem gravemente valores morais mínimos, não podem ser consideradas jurídicas. O segundo tipo de conexão é de ordem qualificadora, que identifica preceitos problemáticos, mas que podem ser corrigidos por não infringirem o limiar de injustiça tolerada.

Por fim, deve-se lembrar que Alexy continua a defender a permanência de um sistema de direito diverso de um sistema moral, não sublimando a divisão entre ambas as esferas, sustenta que o conceito de direito pressupõe o conceito de moralidade. Um ponto marcante no pensamento do autor é o recurso aos direitos humanos como argumento moral superior. Adota-se, assim, um conceito de moral institucionalizado, balizados pelas conquistas históricas do gênero humano ao longo das gerações.

Referências

- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- _____. **Teoria da argumentação jurídica**. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANDRÉA, Fernando de. **Robert Alexy**: introdução crítica. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo jurídico**: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.

FARALLI, Carla. **A filosofia contemporânea do direito**: temas e desafios. Trad. Candice Premaor Gullo. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006.

LUDWIG, Roberto José. **A norma de direito fundamental associada**: direito, moral, política e razão em Robert Alexy. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2014.

NAVA TOBAR, Alejandro. **La institucionalización de la razón**: la filosofía del derecho de Robert Alexy. Barcelona: Anthropos, 2015.